

2

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL

Antonio Herman Benjamin¹

Nunca é demais recordar que vivemos em uma era de consolidação e afirmação de direitos proclamados, que repele a instituição teatral e o uso ornamental das normas, constitucionais ou não². Na mesma linha, também se mostra incompatível com a pós-modernidade, que enfatiza a dignidade da pessoa humana, a solidariedade e a segurança jurídica das conquistas da civilização, transformar direitos humanos das presentes gerações e garantias dos interesses dos nossos pósteros num ioiô legislativo, um acordeão desafinado e imprevisível, que ora se expande, ora se retrai. Essa uma preocupação que domina vários campos do Direito e ganha centralidade na tutela do meio ambiente.

Em tal contexto crescentemente se afirma o princípio da proibição de retrocesso, sobretudo quanto ao chamado núcleo legislativo duro do arcabouço do Direito Ambiental, isto é, os direitos e instrumentos diretamente associados à manutenção do “meio ambiente ecologicamente equilibrado” e dos “processos ecológicos essenciais”, plasmados no art. 225 da Constituição de 1988.

1 Ministro do Superior Tribunal de Justiça e Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Brasília.

2 Cf. Antonio Herman Benjamin, *O Estado teatral e a implementação do Direito Ambiental*, in: *Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental*, São Paulo, IMESP, 2004.

Ideia de *progresso* na ordem constitucional e legal brasileira

A Constituição Federal não deixa qualquer dúvida: o modelo político instituído no Brasil tem, como um de seus “objetivos fundamentais”, o “desenvolvimento nacional” e a erradicação da “pobreza” (art. 3º, II e III), norte esse que igualmente informa nossa cooperação com outras nações, que observará, entre outros princípios, “o *progresso* da humanidade” (art. 4º, IX, grifei).

Ao abraçar o “progresso da humanidade” na forma de conceito informador de seu sistema, o texto constitucional mostra-se triplamente propositivo. De um lado, porque se aponta, de maneira inequívoca, que o País buscará avançar naquilo que o constituinte referiu, sem explicar, como “progresso”. De outro, porquanto não se trata apenas de objetivo de concretização nacional, mas de progresso *da* e *para* a humanidade, uma aspiração constitucionalizada de melhoria universal: *progresso planetário*, de modo a incluir os seres humanos e todas as bases da vida na terra, das quais nossa sobrevivência e bem-estar dependem. Finalmente, porque progresso haverá de se entender não apenas como *prosperidade material*, pois ao certo inclui a ampliação e fortalecimento permanente do arcabouço de velhos (liberdade, p. ex.) e novos (qualidade ambiental, p. ex.) valores intangíveis, muitos deles coletivos por excelência e subprodutos da ética da solidariedade e da responsabilidade: a *prosperidade imaterial*, patrimônio que, embora etéreo e impalpável, configura indiscutível realidade.

Natural, então, que o *progresso*, como ideia-chave do processo civilizatório, exerça dominação irresistível – um dogma, até –, sobre as instituições políticas e seu instrumental jurídico. Não é à toa, portanto, que se considera, por razões evidentes, insuportável e imperdoável aberração a mera hipótese de queda, ou mesmo estagnação, nos padrões de renda, emprego e consumo da população – o pecado mortal do declínio! Ora, se o crescimento econômico contínuo parece ser a única, ou dominante, via de satisfação das expectativas estritamente *materiais* das pessoas e da própria rotina das políticas públicas, nada mais justo que, na mesma toada, os controles legislativos e mecanismos de salvaguarda dos direitos humanos e do patrimônio natural das gerações futuras observem idêntica índole, o “caminhar somente para a frente”.

A proposição nada tem de recente. Não é de hoje que se defende “que a civilização moveu-se, move-se e se moverá numa direção desejável”, conforme resume J. B. Bury, em sua clássica obra de início do Século XX³; ou que a humanidade “avançou no passado, continua avançando agora, e, com toda probabilidade, continuará a avançar no futuro próximo”⁴. Sob a cobertura política dessa ideia-chave, surge o *princípio jurídico da proibição de retrocesso*, que expressa uma “vedação ao legislador de suprimir, pura e simplesmente, a concretização da norma”, constitucional ou não,

3 J. B. Bury, *The Idea of Progress: An Inquiry into its Origins and Growth*, London, Macmillan and Co., 1920, p. 2.

4 Robert Nisbet, *History of the Idea of Progress*, New Brunswick, Transaction Publishers, 2008, p. XI.

“que trate do núcleo essencial de um direito fundamental” e, ao fazê-lo, impedir, dificultar ou inviabilizar “a sua fruição, sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios”⁵. Princípio esse que transborda da esfera dos direitos humanos e sociais para o Direito Ambiental.

Transição dos direitos humanos e sociais para o Direito Ambiental

No plano dogmático, o princípio da proibição de retrocesso vem recebendo marcante atenção na esfera dos direitos humanos e direitos sociais⁶. Contudo, em nenhuma outra área dos chamados “novos direitos” é mais vívida a imperiosidade ético-política e a viabilidade jurídico-material de garantir a manutenção e o progresso das existentes medidas legislativas protetórias do que no Direito Ambiental, disciplina na qual, segundo abalizada lição de Ingo Wolfgang Sarlet, achasse “uma importante e peculiar manifestação” da vedação das medidas legislativas retrocessivas⁷.

5 Felipe Derbli, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007, p. 298.

6 Na doutrina brasileira, sobre o tema, com enfoque nos direitos sociais, cf. Felipe Derbli, *Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Renovar, 2007; Luísa Cristina Pinto e Netto, *O Princípio de Proibição de Retrocesso Social*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2010; Narbal Antônio Mendonça Fileti, *A Fundamentalidade dos Direitos Sociais e o Princípio da Proibição de Retrocesso Social*, São José, Conceito Editora, 2009; Mário De Conto, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social: Uma Análise a Partir dos Pressupostos da Hermenêutica Filosófica*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2008.

7 Ingo Wolfgang Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*, 10ª edição, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 437.

Primeiro, porque seria um contrassenso admitir a possibilidade de recuo legislativo, quando, para muitas espécies e ecossistemas em via de extinção ou a essa altura regionalmente extintos, a barreira limítrofe de perigo – o “sinal vermelho” do *mínimo ecológico* constitucional – foi infelizmente atingida, quando não irreversivelmente ultrapassada. Num e noutro caso, para usar uma expressão coloquial, já não há gordura para queimar.

Além disso, a matéria de fundo – que reúne, em diálogo íntimo, a perspectiva dos direitos humanos (reconhecidos universal e internacionalmente por acordos e tratados, bem como pela jurisprudência especializada) e dos direitos fundamentais (perfilhados expressamente pela norma constitucional, de Direito interno) – agrega, no plano subjetivo da relação jurídica, o componente das *gerações futuras*, perfilhadas, de maneira direta, pelo ordenamento brasileiro, mas destituídas de presença física ou voz nos debates legislativos do presente, mais ainda nos que visam a retroceder no marco legal, em si mesmo já insuficiente e incapaz de conter a crise ambiental que nos inquieta. Sem falar, claro, dos milhões de espécies, a maior parte ainda desconhecida da Ciência, nossos parceiros de jornada planetária, com presença física no universo dos seres vivos, mas igualmente privados de voz ou capacidade de participação política e jurídica⁸.

8 Sobre o debate ético-jurídico e sua repercussão no nosso Direito Ambiental, cf. Antonio Herman Benjamin, *A Natureza no Direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso*, in Volnei Ivo Carlin (Org.), *Grandes Temas de Direito Administrativo*, Campinas, Millennium, 2009. pp. 49-68.

Há um terceiro ponto, mais pragmático. É que a aplicação do princípio da proibição de retrocesso no Direito Ambiental não carrega as fortes *objeções orçamentárias* que incendeiam o debate em outros campos (basta lembrar o dilema da previdência social); o que se espera, em boa parte dos casos, é um *non facere*, representado, na proteção jurídica do *habitat*, sobretudo da flora, como um “não desmatar” ou “não destruir”.

Logo, o maior investimento reclamado, não é, por conseguinte, em *dispêndio* de escassos recursos financeiros públicos, que competem com outras prioridades do Estado, mas em *poupança* dos recursos naturais que ainda existem. Sabe-se que, pelo menos no Brasil, uma parcela significativa do orçamento da União, dos Estados e Municípios é hoje utilizada não só no financiamento de atividades que, sem cuidado, podem resultar em forte devastação da Natureza (pense-se, a título de exemplo, no crédito agrícola, frequentemente em violação de prescrições legais, claras e inequívocas, como a manutenção da Reserva Legal e das APPs⁹), mas também na recuperação de vegetação degradada (os financiamentos públicos para o reflorestamento de APPs, p. ex.), sem falar nas obras de infraestrutura destinadas a prevenir ou remediar perdas de vida e danos patrimoniais incalculáveis causados por enchentes, assoreamento de rios, deslizamento de encostas e ressacas marinhas.

9 No ano de 2012, o crédito rural envolveu R\$ 107 bilhões no Plano Safra (voltado para médias e grandes propriedades) e R\$ 16 bilhões do Pronaf (para os pequenos imóveis), cf. *Código Florestal traz regras mais brandas aos pequenos proprietários*, in *Brasil Econômico*, edição de 28.5.2012, p. 10.

Cumprir o princípio da proibição de retrocesso, em tal cenário, não acrescenta custos; ao revés, economiza despesas, presentes e futuras, tanto em capital financeiro mal-empregado, como em capital natural dilapidado. Além disso, inverte-se o esquema da “reserva do possível”, frequentemente aventado em debates relativos a prestações positivas e financeiras constitucionalmente reivindicadas do Estado. Assim é porque, a se enfraquecer a eficácia da Constituição, pelo retrocesso na legislação infraconstitucional, cria-se para seus destinatários-beneficiários (= a coletividade) um campo insuperável e perverso de “reserva do impossível”, um conjunto de normas retóricas, sem eficácia prática: impossibilidade de proteger os valores referendados na Constituição, impossibilidade de traduzir as suas ordens em ações concretas, impossibilidade de densificar, legislativa e minimamente, o seu conteúdo e expressão.

E mesmo que custos, até elevados, estivessem associados ao princípio da proibição de retrocesso ambiental (o que não é o caso, repita-se), como se trata de resguardar as bases da vida, e, amiúde, salvar, literalmente, vidas humanas, em nada se justificaria economizar aqui para gastar acolá, ou, pior, gastar muito mais adiante com medidas de recuperação do meio ambiente degradado, de mitigação e de adaptação.

Questões orçamentárias ou carência de recursos materiais e humanos empalidecem, ou deveriam empalidecer, diante do desafio e da demanda intergeracional de propiciar

bases ecologicamente sustentáveis ao nosso progresso, tanto mais no modelo constitucional vigente no Brasil, que elegeu como “foco central o direito fundamental à vida e à manutenção das bases que a sustentam, o que só pode se dar no gozo de um ambiente equilibrado e saudável”¹⁰.

Proibição de retrocesso como princípio geral do Direito Ambiental

É seguro afirmar que a proibição de retrocesso, apesar de não se encontrar, com nome e sobrenome, consagrada na nossa Constituição, nem em normas infraconstitucionais, e não obstante sua relativa imprecisão – compreensível em institutos de formulação recente e ainda em pleno processo de consolidação –, transformou-se em *princípio geral do Direito Ambiental*, a ser invocado na avaliação da legitimidade de iniciativas legislativas destinadas a reduzir o patamar de tutela legal do meio ambiente, mormente naquilo que afete em particular a) processos ecológicos essenciais, b) ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, e c) espécies ameaçadas de extinção.

Sim, princípio geral do Direito Ambiental, pois a previsão normativa explícita não se antepõe como pressuposto insuperável ao seu reconhecimento. É que a proibição de retrocesso não surge como realidade tópica, resultado de referência em dispositivo específico e isolado; ao contrário, nela se aninha um *princípio sistêmico*, que se funda e decorre da leitura con-

10 Carlos Alberto Molinaro, *Direito Ambiental: Proibição de Retrocesso*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 113.

junta e diálogo multidirecional das normas que compõem a totalidade do vasto mosaico do Direito Ambiental. Além disso, princípio geral, já que as *bases e conteúdo ecológicos* (= o mínimo ecológico, a garantia dos processos ecológicos essenciais, a hiperproteção dos ecossistemas frágeis ou à beira de colapso, a preservação absoluta das espécies ameaçadas de extinção) da proibição de retrocesso estão claramente afirmados na Constituição e nas leis ambientais brasileiras. Tanto a legislação ambiental, como a jurisprudência¹¹ optaram por esse “caminhar somente para a frente”.

Note-se que o texto constitucional, na proteção do meio ambiente, se organiza, acima referimos, em torno de bem-revelados e fixados *núcleos jurídicos duros* (“centro primordial”, “ponto essencial”, ou “zona de vedação reducionista”), que rejeitam ser ignorados ou infringidos pelo legislador, administrador ou juiz, autênticos *imperativos jurídico-ambientais mínimos*: os deveres de “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais”, “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País”, “proteger a fauna e a flora”, e impedir “práticas que coloquem em risco sua função ecológica” ou “provoquem a extinção de espécies” (art. 225, § 1º, I, II e VII).

11 Reconhecendo, expressamente, a proibição de retrocesso como princípio geral do Direito Ambiental, cf., no Superior Tribunal de Justiça, o REsp 418.526/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 13.10.2010; em outro precedente, o STJ decidiu que o princípio da proibição de retrocesso é “garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes” (REsp 302.906/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 1.12.2010).

Princípio geral ainda porque tanto a legislação (a Lei 6.938/81¹², p. ex.) como a jurisprudência¹³ brasileiras perfilham, sem meias palavras, o *princípio da melhoria ambiental*. Ora, prescrever, como objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente, a “melhoria da qualidade ambiental propícia à vida” é até dizer mais do que ambiciona o princípio da proibição de retrocesso, pois não bastará *manter* ou *conservar* o que se tem, impondo-se melhorar, avançar (= progresso) no terreno daquilo que um dia ecologicamente se teve, e desapareceu, ou hoje se encontra dilapidado, e, se não zelado de maneira correta, mais cedo ou mais tarde desaparecerá.

Um princípio em evolução

Desnecessário, aqui, esquadriñar, em profundidade, os contornos mais precisos do princípio da proibição de retrocesso. Basta indicar, pela sua relevância, que ainda se debate, na doutrina, se nele se encontra uma conformação *estática e absoluta* ou, ao contrário, uma realidade *dinâmica e relativa*.

12 Segundo a Lei 6.938/81, “A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, *melhoria* e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida” (art. 2º, caput, grifei).

13 O Superior Tribunal de Justiça, p. ex., já se pronunciou no sentido de que “Ante o *princípio da melhoria da qualidade ambiental*, adotado no Direito brasileiro (art. 2º, caput, da Lei 6.938/81), inconcebível a proposição de que, se um imóvel, rural ou urbano, encontra-se em região já ecologicamente deteriorada ou comprometida por ação ou omissão de terceiros, dispensável ficaria sua preservação e conservação futuras (e, com maior ênfase, eventual restauração ou recuperação). Tal tese equivaleria, indiretamente, a criar um absurdo cânone de isonomia aplicável a pretense direito de poluir e degradar: se outros, impunemente, contaminaram, destruíram, ou desmataram o meio ambiente protegido, que a prerrogativa valha para todos e a todos beneficie” (REsp 769753/SC, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/06/2011, grifei).

Se dinâmico e relativo, o princípio obedeceria à lógica do “controle de proporcionalidade”, o que interditaria, “na ausência de motivos imperiosos” ou justificativa convincente, uma diminuição do nível de proteção jurídica. Consequentemente, haverá, sempre, de se exigir do legislador cabal motivação ou demonstração de inofensividade da regressão operada – a manutenção do *status quo* de tutela dos bens jurídicos em questão. Em outras palavras, deve-se atestar a equivalência material entre a fórmula legal anterior e a proposta, “a necessidade de uma modificação, demonstrada, a proporcionalidade de uma regressão, apreciada”, abrindo-se, para o juiz, “fiel aos valores que fundam nosso sistema jurídico”, a possibilidade de controlar essas balizas, o que não é o mesmo que “se imiscuir nas escolhas políticas”¹⁴.

Aplicação do princípio da proibição de retrocesso na proteção dos biomas brasileiros

Acima observamos que a Constituição de 1988, pela técnica de *imperativos jurídico-ambientais mínimos*, resguarda, enfática e até pleonasticamente, três núcleos jurídicos duros associados à proteção do “meio ambiente *ecologicamente equilibrado*”: a) os processos ecológicos essenciais, b) a diversidade e integridade genética, e c) a extinção de espécies (art. 225, § 1º, I, II e VII). Os dois primeiros, na forma de um *facere*, um “atuar” (= imperativo mínimo positivo); o terceiro, como um “evitar”, um *non facere* (= imperativo mínimo negativo).

14 Isabelle Hachez, *Le Principe de Standstill dans le Droit des Droits Fondamentaux: une Irréversibilité Relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 658-660.

Daí decorre que pretender reduzir o patamar de tutela jurídica dos biomas nacionais, em época de veloz retração dos *habitats* naturais e de sérias e cientificamente comprovadas ameaças à biodiversidade (é crescente o número de espécies integrantes da *lista vermelha* brasileira¹⁵), nada mais significa que retroceder na roda do tempo, nos avanços do diálogo entre crescimento econômico e conservação da Natureza. Um diálogo que, hoje, já não é domínio exclusivo das Ciências Naturais, Economia e Política, tingido e entrelaçado que está na própria malha da Constituição e da legislação que a densifica.

Na melhor das hipóteses, despertaria perplexidade qualquer iniciativa nessa linha, ao se posicionar e direcionar, em sentidos opostos e com diferentes graus de garantia, o rumo do progresso material e o rumo do progresso (inclusive legislativo) da proteção dos processos ecológicos essenciais, bases naturais da vida. Tudo como se padrão de afluência material pudesse ser isolado de qualidade de vida, e esta, da inserção do ser humano na realidade planetária, nossa inescapável interdependência com as dezenas de milhões de espécies que nos rodeiam.

Nesses termos, inimaginável admitir como ético, viável ou sustentável o progresso material na existência humana sem que se afiance, por igual, o progresso (ou, no pior cenário, a manutenção) dos patamares de proteção

15 No caso da fauna, cf. a Instrução Normativa nº 3, DE 27 DE MAIO DE 2003, do Ministério do Meio Ambiente.

jurídica das bases naturais da vida – toda ela –, com ênfase para os processos ecológicos essenciais.

Fundição entre instrumentos infraconstitucionais e a norma constitucional de garantia do mínimo ecológico

Violações ao princípio da proibição de retrocesso se manifestam de várias maneiras. A mais óbvia é a redução do *grau* de salvaguarda jurídica ou da *superfície* de uma área protegida (Parque Nacional, p. ex.); outra, menos perceptível e por isso mais insidiosa, é o esvaziamento ou enfraquecimento das normas de previsão de direitos e obrigações ou, por outro lado, os instrumentos de atuação do Direito Ambiental (Estudo Prévio de Impacto Ambiental, Áreas de Proteção Permanente, Reserva Legal, responsabilidade civil objetiva, p. ex.).

Consequentemente, tirante a redução pura e simples de espaços territoriais protegidos, o retrocesso pode afetar ora direitos substantivos (= retrocesso substantivo) ora direitos procedimentais ou o *due process* ambiental (= retrocesso formal ou procedimental); ora o marco legislativo em si mesmo (= retrocesso legislativo) ora a política de implementação (= retrocesso de implementação).

Quanto aos instrumentos de implementação, sabe-se que, como toda disciplina jurídica, sem eles, que precisam ser eficazes e eficientes, o Direito Ambiental não existe *in concreto*. O retrocesso opera tanto no *plano da existência* (a pura e simples revogação de determinado instrumento) como no

plano da eficácia (o debilitamento da força coativa da norma de desenho do instrumento, p. ex. ao se retirar ou dificultar o sancionamento penal e administrativo, ou a responsabilização civil) ou no *plano da eficiência* (com o aumento dos custos de transação na implementação, dificultando-se ou mesmo inviabilizando-se a fiscalização, p. ex.).

É bom ressaltar que os instrumentos de Direito Ambiental, no caldo dos múltiplos matizes de origem, filiação filosófica e objetivos que os informam, ostentam variegadas referências de prestígio e eficácia. Há, entre eles, os que atuam no coração da disciplina, chamados *diretos* ou *primários* (salvaguardam, frontalmente, biomas, ecossistemas e processos ecológicos essenciais, entre eles cabendo citar as Áreas Protegidas, a Reserva Legal, as APPs, a declaração de árvore imune a corte); e os que, batizados de *indiretos* ou *procedimentais*, alcançam resultados semelhantes, só que por meios oblíquos, p. ex., ao ampliarem o grau e disseminação de informação ambiental gerada e em circulação, e ao estabelecerem mecanismos de participação pública. A ambas as categorias se aplica o princípio da proibição de retrocesso ambiental.

No âmbito desse “centro primordial”, “ponto essencial”, “núcleo duro” ou “zona de vedação reducionista”, o desenho legal infraconstitucional, uma vez recepcionado pela Constituição, com ela se funde, donde a impossibilidade de anulá-lo ou de afrouxá-lo de maneira substancial, sem que com isso, inafastavelmente, se fira ou mutile o próprio conteúdo e

sentido da norma maior. É o fenômeno da repulsa às normas infraconstitucionais que, desinteressadas em garantir a *máxima* eficácia dos direitos constitucionais fundamentais, não se acanham e são rápidas ao negar-lhes o *mínimo* de eficácia.

Aplicação prática do princípio da proibição de retrocesso ambiental

Firma-se como pressuposto da proibição de retrocesso que os mandamentos constitucionais “sejam concretizados através de normas infraconstitucionais”, daí resultando que a principal providência que se pode “exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas”, sobretudo quando tal revogação ocorre desacompanhada “de uma política substitutiva ou equivalente”, isto é, deixa “um vazio em seu lugar”, a saber, “o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente”¹⁶.

Claro, não se trata aqui de pretender conferir caráter absoluto ao princípio da proibição de retrocesso, sendo um exagero admitir tanto a liberdade irrestrita do legislador, como, no âmbito de sua autonomia legislativa, vedar-lhe inteiramente a revisibilidade das leis que elabora e edita. O princípio da proibição de retrocesso não institui camisa de força ao legislador e ao implementador, mas impõe-lhes limites não discricionários à sua atuação.

16 Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma Dogmática Constitucional Transformadora*, 7ª edição, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 380-381.

Especificamente, no caso da proteção de biomas, ecossistemas e espécies, será a seguinte a pergunta que o juiz sempre se fará: as alterações legislativas ou políticas de implementação mantêm ou ampliam as garantias do meio ambiente? Asseguram a proteção dos “processos ecológicos essenciais”? Escudam, eficaz e eficientemente, as espécies ameaçadas de extinção? Ampliam ou reduzem os riscos ambientais a *habitats* vulneráveis? Estabelecem, naquilo que se revisa ou modifica, alternativas técnicas capazes de alcançar os mesmos ou similares resultados da norma ou política de implementação revogada? Reduzem ou mantêm o grau de dificuldade de execução, bem como de cobrança administrativa e judicial (os chamados custos de transação da execução da lei)?

Hermenêutica intergeracional e controle judicial do retrocesso ambiental: da degradação da lei à degradação do ambiente

Em síntese, no *controle judicial de retrocesso ambiental* não se deve esquecer que a degradação ambiental, vista como custo social, não passa de tributação das gerações futuras, encargos esses que da sua imposição política os nossos descendentes não participaram. Não é fácil ao juiz da pequena e distante comarca, nem ao dos Tribunais de apelação, do STJ e do STF, chegar a juízo de valor que resulte de um balanceamento equânime entre os benefícios e malefícios – materiais e imateriais, econômicos e ecológicos – de decisão legislativa ou política de implementação do presente, cujos

resultados perversos só se revelarão por inteiro no futuro, inclusive o mais remoto.

Difícil, sim, mas não impossível, muito menos dispensável. Na verdade, o juiz brasileiro, no desenho da Constituição de 1988, é chamado a fazer *juízos prospectivos*, numa dimensão de complexidade que muito supera a categoria dos lucros cessantes, tão comuns nas ações de responsabilidade civil. Essa tarefa se mostra mais dificultosa quando o juízo prospectivo vai além do caso concreto traduzido na lide, ao demandar uma avaliação do próprio texto da lei, de sua índole geral, do grau de proteção ou desproteção de inteiros *habitats*.

Também os juízes devem ter em mente que os instrumentos do Direito Ambiental não corroem, nem ameaçam a vitalidade produtiva do Brasil e a velocidade de sua inclusão entre as grandes economias do Planeta; tampouco pesam na capacidade financeira do Estado ou se apresentam como contrabando legislativo, devaneio imotivado de um legislador desavisado ou irresponsável. Ao contrário, se inserem no âmbito da *função social* e da *função ecológica da propriedade*, previstas na Constituição de 1988 (arts. 5º, XXIII, e 186, II, respectivamente).

Consequentemente, reduzir, inviabilizar ou revogar leis, dispositivos legais e políticas de implementação de proteção da Natureza nada mais significa, na esteira da violação ao princípio da proibição de retrocesso ambiental, que conceder colossal incentivo econômico a quem não podia explorar (e

desmatar) partes de sua propriedade e, em seguida, com a regressão, passar a podê-lo. Tudo às custas do esvaziamento da densificação do mínimo ecológico constitucional.

Retroceder agora, quando mal acordamos do pesadelo da destruição ensandecida dos processos ecológicos essenciais nos últimos 500 anos, haverá de ser visto, por juízes, como privatização de inestimável externalidade positiva (= os serviços ecológicos do patrimônio natural intergeracional), que se agrega à também incalculável externalidade negativa (= a destruição de biomas inteiros), que acaba socializada com toda a coletividade e seus descendentes.

Fica a lição com jeito de alerta: no universo da proteção jurídica do ambiente, o antiprogresso e, pior, o retrocesso legislativo, este sim, tem custos para as presentes e futuras gerações, provavelmente irreversíveis.

É a degradação da lei levando à degradação ambiental.